

"Quatro Casamentos e Dois Funerais"

Alguns Aspectos das Sociedades Empresárias no Novo Código Civil Brasileiro

IVALDO C. DE SOUZA

Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ. Professor de Direito Empresarial da EMERJ, da UNESA e da UNIVER-CIDADE. Pós-graduado em Metodologia do Ensino Superior.

INTRODUÇÃO

Claro que, no título, estou parodiando o do notável filme cômico-romântico **Four Weddings and a Funeral**, de Mike Newell, 1994, com a expressiva e fascinante Andie Mac Dowell e com o talentoso e espontâneo Hugh Grant, com direito a "pontinhas" do ótimo Rowan Atkinson (o "Mr. Bean").

É que, no trato das antigas sociedades comerciais, o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10.1.2002) disciplinou as atuais sociedades empresárias promovendo, pelo menos, quatro excelentes uniões de pontos-de-vista do velho Código Comercial de 1850 ou da jurisprudência prevalente, com o novo diploma, a par de dois tristíssimos funerais.

Não sou mórbido, mas prefiro começar pelos funerais, por utilidade didática.

PRIMEIRO FUNERAL: O DAS NOSSAS ILUSÕES

Doloroso, lamentoso, grave: o primeiro funeral foi o das nossas ilusões e esperanças de que o novo Código Civil viesse a acertar

e corrigir incorreções e desacertos do velho Dec. nº. 3.708 de 10.1.1919, que regia as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Ao longo de mais de 80 anos de vigência, praticamente sustentado, não por seu texto curto, incompleto e confuso, mas pela jurisprudência de nossos tribunais - que sempre procurava preservar aquela que é a mais encontrada e corriqueira das formas societárias negociais - o citado Dec. 3.708, mal ou bem, vinha prestando seus serviços.

Relegando e afastando excelente Projeto de Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, elaborado e conduzido pelo eminente e competente Professor Jorge Lobo, o novo Código Civil preferiu partir para uma clara filosofia: a de querer transformar as sociedades por quotas na "sociedade anônima dos pobres", como já o disséramos em nosso **Manual das Sociedades Anônimas** (ed. Freitas Bastos, 1ª ed. 2005).

Disso resultou incrível infelicidade e até ridicularia.

Tomando, como base, a "Fonte: Juntas Comerciais" para o período 1985-2001, o número de sociedades por quotas de responsabilidade limitada somava 3.832.178.

Não há - seguramente não há - em todo o Brasil - 38.000 sociedades desse tipo jurídico com mais de 5 sócios. A maioria esmagadora dessas sociedades é composta de apenas 2 ou 3 sócios. Ou seja, cerca de apenas 1% do total. Admitamos, contudo, só para argumentar, que existam 38.000, num universo de 3.800.000. Pois bem, foi para esse insignificante 1% que o legislador civil dedicou praticamente toda a nova disciplina dessas sociedades.

Aumentou desnecessariamente o número de artigos do Código e descambou para a ridícula criação de "Assembléias Gerais", "Conselhos Fiscais", "Aumentos e reduções de capital", e até para contemplar "sócios minoritários" ...isso, com apenas 2 ou 3 sócios cotistas em cada sociedade.

Sim, é verdade que as Assembléias Gerais só serão obrigatórias quando houver mais de 10 sócios (§ 1º do art.1072), mas na maioria dos casos, os sócios resolvem suas pendências cortando o pão e a mortadela no balcão da padaria, ou separando as "coman-

das" do restaurante, ou arrumando as caixas de calçados na sapataria. Enquanto trabalham, conversam e se acertam. Gastar dezenas de artigos para regular a convocação das Assembléias, instituir os Conselhos Fiscais, reger sua representação e a remuneração de seus membros roça pelo risível. Sem quebra de respeito, fizemos a insólita reprodução de uma conversa entre os dois únicos sócios cotistas. Diz um: "este mês, eu serei a Assembléia Geral e tu serás o Conselho Fiscal". O outro retruca: "Mês que vem, nós trocamos e tu serás o Conselho e eu a Assembléia".

Já de plano, o novo Código Civil resolveu quebrar a tradição, quase centenária, da denominação da sociedade. E, ao invés de manter a clássica "sociedade por quotas de responsabilidade limitada" - até porque o art. 1.055 viria a consagrá-las - partiu para o seco e inadequado verbete "sociedade limitada", como se ela fosse a única limitada no direito brasileiro. Esqueceu-se o legislador de que a S.A. também é limitada. Na SQRL, o limite da responsabilidade de cada sócio é restrito ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social (art.1.052). Nas sociedades anônimas, a responsabilidade do sócio ou acionista limita-se ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (Lei nº 6.404 de 15.12.76, art. 1º).

Quando da edição do novo Código, chegamos a admitir, inicialmente, que o legislador houvesse criado um novel modelo societário, embora em arremedo à S.A. - até plagiando os poderes desta: a Administração (art. 1.060 e segs.) na linha da Diretoria da S.A. (art.143 e segs. da Lei nº. 6.404/76); as Assembléias (art.1.072 e segs.), o Conselho Fiscal (arts.1.066 e segs.) e as Deliberações dos Sócios (arts.1.071 e segs.) - todos seguindo as pegadas das Assembléias Gerais (arts. 121 e segs. da Lei das S.A.), do Conselho Fiscal destas (arts. 161 e segs.) - e até do **board** (arts.142 e segs. da citada lei acionária). Pensamos até, ingenuamente, que esse novo tipo "sociedade limitada" não extinguiria a velha "sociedade por quotas de responsabilidade limitada", que continuaria vivendo - até porque o Dec. 3.708 não fora expressamente revogado pelo novo Código.

Lendo, todavia, pareceres e ouvindo interpretações autênticas, deparamo-nos com a realmente triste conclusão: por revogação tácita, morrera a velha SQRL.

E com ela, morriam também nossas esperanças de melhora do sistema quotitário¹ da vida negocial brasileira.

Ao fundo, a 3ª Sinfonia, em mi bemol Maior, op. 55, de Beethoven, soava seu segundo movimento, a Marcha Fúnebre. Afinal, era o 1º funeral.

O SEGUNDO FUNERAL

O segundo funeral é o da finada "sociedade de capital e indústria", prevista nos arts. 317 a 324 do Velho Código Comercial de 1850 - e não reproduzida no sistema do novo Código Civil Brasileiro.

A denominação da sociedade iludia, à primeira vista. Quando se falava em "capital e indústria", a primeira impressão é de que se tratava de uma empresa de alto porte, reunindo fortes capitais e sólidas indústrias. Nada disso. O tipo era modesto e associava, de um lado, quem tinha dinheiro mas não tinha habilidades, com quem tinha habilidades mas não tinha dinheiro. Muitos sapateiros montavam suas banquetinhas na entrada de sobrados, para consertar saltinhos, pôr meias-solas e ajeitar bolsas e mochilas, enquanto o sócio "capitalista" pagava o aluguel e as despesas com couros, cordões, estiletes e colas. O que faz, é o sócio "de indústria"; o que custeia, é o sócio "capitalista".

Fran Martins, De Plácido e Silva, Rubens Requião, Walter T. Álvares, Pedro Barbosa Pereira, Hernani Estrella e Waldirio Bulgarelli nos ensinaram que a sociedade se formava com duas ou mais pessoas, contribuindo uma ou algumas para a formação do capital social e outras concorrendo apenas com seu trabalho, habilidades ou artesanato. Somente os códigos do Brasil, Argentina, Uruguai e

¹ Claro que inventei a palavra "quotitário", com o sentido de "atinentes ou referentes a quota". Mas e daí? Também não inventaram essa incrível "litigância"? Litigância não existe, como palavra dicionarizada. Quem litiga é litigante, aquele que exercita o "litígio", nunca uma "litigância": a palavra é "litígio". Mas "colou". A língua portuguesa, que sempre foi riquíssima, tem sido ainda mais "enriquecida", não apenas por neologismos, como também por traduções extravagantes, para o que contribui a mídia despreparada. A região britânica de "Corn Wall" foi traduzida como "Cornualha" (Deus nos livre); a República de Cameroun virou "Camarões". E ainda o Santo Padre o Papa, o cardeal Joseph Ratzinger que, ele mesmo, se intitulou "Benedetto XVI", na língua do Vaticano, ou "Benedictus" em latim, ou "Benedikt" em alemão, ou "Benedict" em inglês - vê seu nome ser trapaceado para "Bento" =, ao invés do óbvio "Benedito", numa inescusável manifestação preconceituosa - já que, no Brasil, Benedito é nome de preto. "Benedetto" vem de "Benedictus", p.p. do verbo "bene dicere", "aquele de quem se diz o bem", bondoso, digno, honesto, bem quisto. "Bento" é aquele ou aquilo que recebeu uma benção, o que foi abençoado - o que é algo diferente.

Paraguai a admitiam, nomeando-se no Uruguai e Argentina, como "habilitaciones", pois havia os que achavam que tudo se resumia a um contrato de trabalho, uma relação empregatícia, sendo o sócio de indústria um mero locador de serviços. Mas havia uma clara diferença, uma vez que o sócio de indústria não recebia um salário, mas uma parte dos lucros, a título de sócio.

A sociedade se caracterizava, ainda, por ser a única em que, fugindo à regra geral, um sócio (o de indústria) só participava dos lucros, não participando das perdas. Carvalho de Mendonça a encarava como "construção híbrida e esdrúxula" - quando, na verdade, esdrúxula e extravagante sempre foi a sociedade em conta de participação - muito mais um contrato do que mesmo uma sociedade.

Sociedade modesta, útil e simpática, foi, contudo, descartada pelo novo Código Civil Brasileiro, que preferiu integrá-la à sociedade simples. Foi suprimida, morreu - e choremos por ela.

Mas a teratológica sociedade em conta de participação continua, firme e forte.

O PRIMEIRO CASAMENTO

O primeiro belo casamento nos é propiciado pelo art. 1.027 do NCC.

Quando de nosso longo exercício pleno na 9ª Vara de Família da Comarca da Capital, tivemos ocasiões várias de ver surpreendentes movimentos de *desperate housewives*: mulheres separadas de maridos sócios de sociedades mercantis promoviam ou tentavam promover a destruição de sociedades empresárias, provocando sua dissolução, só para garantir sua pensão alimentícia ou seu quinhão na separação de bens. Dissolvida a sociedade, passavam à fase subsequente da liquidação da quota para obtenção de seu interesse particular - pouco importando que isso destroçasse a empresa, um pólo econômico gerador de negócios, de empregos, de serviços à sociedade e recolhimento de tributos.

Ignoravam solenemente o que dispunha o art. 292, 1ª parte, do velho Código Comercial, então vigente, que dispunha claramente: "o credor particular de um sócio só pode executar os *fundos líquidos*

que o devedor possuir na companhia ou sociedade, não tendo este outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiver não forem suficientes para o pagamento". (grifos nossos).

Ou seja, ao invés de executar e colher os lucros gerados pelas quotas sociais, sacudiam a sociedade inteira - matando mosquitos com tiros de canhão. A regra acabou sendo encampada pelo art. 1.026 do novo Código Civil. *Verbis*: "O credor particular do sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em "liquidação"".

Sempre repudiamos e indeferíamos essas postulações, até porque estavam, como estão, em vigor os arts. 732/735 do Código de Processo Civil, reguladores da execução específica de alimentos.

Mas, por vezes, elas prosperavam, com êxito na jurisprudência.

Agora, o art. 1.027 do NCC corta a pretensão, engajando-se na corrente lógica e equilibrada da interpretação social da lei e do contrato, estabelecendo que "o cônjuge do que se separou judicialmente" (do sócio), "não pode exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade".

Ricardo Fiúza (**Novo Cód. Civil Comentado**, art. 1.027, Saraiva) observa com segurança teleológica: "A partilha em questão não poderá ter como objeto as quotas detidas pelo sócio na sociedade, mas apenas o direito à percepção dos lucros que ao sócio... separado tocariam e que seriam distribuídos a cada ano, se positivo o resultado social". "No caso de a sociedade entrar em processo de liquidação, então... nessa hipótese, terão eles direito à participação nos bens sociais que remanescerem e forem distribuídos ou divididos na liquidação".

O art. 1.043 do NCC, na disciplina geral das sociedades simples, fica nessa mesma linha lógica de solução.

Isso, sem se falar que sempre entendemos que, constituída a sociedade, a quota com que contribui o sócio passava a pertencer à *sociedade*, integrando seu capital social, não podendo obviamente

sofrer penhora ou constrações pelo credor particular do sócio, pelo fato de a sociedade ser terceira na relação "credor-sócio". A essa nossa tese, todavia, opunha-se a maioria da jurisprudência.

SEGUNDO CASAMENTO

Dispõe o art. 1.015 do NCC, dentro do tema "a administração" da sociedade simples, norma que se insere naquelas de caráter genérico para todas as outras sociedades, à falta de determinação específica: "Art. 1.015 -... Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: ... III. tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."

O novo Código Civil, em casamento feliz, resolve adotar a famosa teoria do ato *ultra vires societatis*, que Rubens Requião (**Aspectos modernos de D. Comercial**, II, Saraiva) já divulgava em 1980 e que, resumidamente, implicava em analisar, quanto ao seu objeto, os atos das sociedades empresárias. Atos que fugissem a esse objeto, ou que o ultrapassassem, seriam válidos, nulos ou anuláveis? Costumo tratar do assunto, em aula, colocando a seguinte hipótese: "Você vai a uma loja de artigos masculinos para comprar uma camisa social e o lojista vende a você uma lancha". E daí? Se a lancha mostrar defeitos, poderá a sociedade ser acionada?

Não é, absolutamente, usual que o cliente, ao operar a compra, numa loja comercial, solicite ao vendedor cópia de seu contrato social, para conferir seu objeto de atividades. Isso não existe, é inusitado e impraticável. E então?

É útil nos reportarmos ao art. 47 do NCC, que diz: "Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo". Ou seja, a sociedade só ficará obrigada perante terceiros pelos atos praticados nos limites dos poderes do administrador, definidos no contrato social ou estatuto.

Vale dizer, o que se analisa, nesses dispositivos, é se o ato praticado por administrador, fora ou além de seus poderes na empresa, obrigará - ou não - a própria sociedade.

Analisando o tema, os eméritos Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca (**Comentários à Lei de S.A.**) observam que a doutrina, no

direito inglês, é rigidamente ortodoxa. Lá, o princípio é o de que os atos *ultra vires* serão nulos, já que a ineficácia residia na própria incapacidade da sociedade. Discutiram, também, como já fora proposto doutrinariamente, que se devesse abandonar a presunção do absoluto conhecimento, por parte de terceiros, do contrato social. O direito americano partiu para a tutela ampla do terceiro de boa-fé.

Segundo aqueles notáveis autores, a eventual nulidade do ato *ultra vires* não exime o *administrador* do ilícito.

A sociedade só pode opor o excesso dos administradores a terceiros se a operação for "evidentemente estranha aos negócios da sociedade" (ver inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do NCC).

Nosso Código adotou, portanto, a tese da presunção de que, sendo a operação *evidentemente* estranha, seria do conhecimento óbvio do terceiro, não gerando, pois responsabilidade civil da sociedade - mas somente a responsabilidade pessoal do administrador que extrapolou.

TERCEIRO CASAMENTO

As terceiras núpcias do novo Código com as melhores tendências revela-se pela adoção, pelo códex, de antiga orientação do STF no que concerne à questão de poderem, ou não, marido e mulher constituir sociedade empresária.

Na excelente resenha de Alberto João Zortéa, ao tempo da vigência do velho Código Comercial de 1.850, quatro teses se expunham - todas para proibir o conúbio mercantil onde já houvera matrimônio.

Resumidamente, eram estas:

(a) em face do art.1º, nº 4 do velho Código Comercial, a sociedade mercantil dos cônjuges era inadmissível porque as mulheres casadas, maiores de 18 anos, só com autorização do marido poderiam comerciar. Antonio Pereira Braga opunha a seguinte contestação: o que o Código Comercial proíbe é o comercio da mulher por conta própria; se ela está com o marido, numa sociedade comercial, é óbvio e palmar que ele já a estava autorizando.

(b) sociedade já existe entre marido e mulher; a sociedade comercial entre eles seria uma superfectação, uma sociedade por

cima de outra, "chover no molhado". O argumento contrário que se formulava era o de que a sociedade comercial (pessoa jurídica) não pode se confundir com a sociedade conjugal (base da família) - que nem é pessoa jurídica, apesar de estudos de Nipperdey, *in* Washington de Barros Monteiro, **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, proclamarem que a família é uma entidade própria e que o direito de família deveria destacar-se do Direito Civil, formando um código de regras próprias e peculiares.

(c) essa terceira corrente (que é por mim sempre enfatizada em aula para provocar a reação justa e exacerbada das alunas), simplesmente sustenta, *tout court*, que "o homem tem ascendência sobre a mulher; a sociedade entre eles quebraria o princípio, porque o homem não pode se equiparar a quem lhe é inferior"...

Sem comentários. Não percamos tempo com essa tolice insustentável.

(d) a 4ª e última corrente, adotada pelo STF em velhíssimo Acórdão, sustentava que a sociedade mercantil entre cônjuges seria lícita desde que não importasse na alteração do regime de bens adotado, que poderia, assim, ser fraudado.

Hernani Estrella já se referia a essa "velha parlenga", estruturando que, além dessa linha de pensamento do STF, duas outras se digladiavam: uma, sustentando a nulidade absoluta da sociedade comercial, principalmente se o regime era comum; outra, admitindo a permissão completa, já que não havia lei alguma proibindo. A posição de nossa Junta Comercial sempre foi radicalmente contrária, sustentando que "uma sociedade comercial entre esses cônjuges equivaleria, ao cabo de contas, a formar uma sociedade com uma única pessoa, o que é inadmissível" (Ver Processo 17.828/77, Lojas Sayonara Ltda., 5ª Turma da JUCERJA).

Na prática, utilizando o célebre "jeitinho" brasileiro, marido e mulher que queriam fazer sociedade mercantil entre eles, atribuíam 49% das cotas para cada um dos cônjuges e reservavam 2% para um amigo do casal, geralmente o compadre, com o que a sociedade passava a ser composta de 3 membros e não apenas os dois do casal - e isto a Junta permitia...

O IAB (Instituto dos Advogados do Brasil) chegou a emitir parecer sobre o assunto, propugnando que fosse permitida tal sociedade de cônjuges, ante a inexistência de qualquer regra proibitiva.

Constava que a oposição a essa sociedade apoiava-se no risco a que se exporiam os filhos do casal, comprometendo-se seus bens em caso de mau êxito dos negócios comerciais.

O NCC adotou a prudente linha de que "faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens" (art. 1.667), "ou no de separação obrigatória" (art. 1.641).

Ou seja, é permitida nos regimes de comunhão parcial, art. 1.658; participação final nos aquestos, art. 1.672; e separação total contratual, art. 1.687.

Hoje, ademais, o NCC permite a alteração do regime - o que antes era inalterável e imutável no sistema do velho Código Civil de 1916 (art. 1.639, § 2º).

A jurisprudência de nosso TJ/RJ já registra, todavia, discrepância quando a alteração se referir a matrimônios celebrados na vigência do velho Código de 1916 (possível a alteração, Ac. 7ª Câmara Cível, Apelação 2006.001.25625, Rel. Desa. Maria Henriqueta Lobo; impossível a alteração, Ac. 1ª Câmara Cível, Apel. nº 4.108/2005, Rel. Desa. Maria Augusta Vaz).

O QUARTO E ÚLTIMO CASAMENTO

Temos, aqui, outra excelente absorção, pelo novo Código Civil, de velha controvérsia, adotando excelente linha decisória. É o que se vê do art. 1.147, na questão que se convencionou chamar de "cessão de clientela".

Negociado que seja um estabelecimento comercial, a freguesia é certamente elemento que o vendedor não transfere verdadeiramente ao comprador, pois não poderia obrigá-la a continuar com o novo adquirente. Freguesia não é gado.

Pela venda, o vendedor tem que fazer boa a coisa vendida, sem inquietar o comprador na posse e domínio, era o que diziam os arts. 214 e 215 do velho Código Comercial. Não pode, assim, o alienante fazer concorrência ao adquirente, reabrindo estabeleci-

mento análogo no lugar do negócio vendido - fixando-se um raio de ação ou limitação no tempo (não localização na mesma rua, ou no mesmo bairro, ou quarteirão, ou cidade, por certo número de meses ou de anos) - mas com cuidados e zelos tais que, sendo muito amplos ou absolutos, pudessem desrespeitar o princípio da liberdade de comércio.

A maioria dos autores que trataram do assunto - destacando-se Sampaio Lacerda e Cunha Peixoto - sempre lembram o caso célebre da venda feita pelo Conde Penteado de uma fábrica de tecidos à Cia. Tecidos de Juta, instalando, depois, com o produto da venda, outra fábrica para o mesmo fim com as máquinas mais modernas que comprara.

Invocando violação do contrato, com desvio de clientela, através de propaganda feita pelo Conde Penteado em todo país, a Cia. de Juta, tendo como advogado Carvalho de Mendonça, propôs ação responsabilizando-o, mas perdeu em 1ª instância. Recorreu e o STF reformou a decisão. Embargando o Acórdão, o Conde (tendo como patrono Ruy Barbosa), sob o fundamento da inexistência de cláusula proibitiva, obteve a reforma do aresto.

Conta-se que, excepcionalmente, o STF concedeu a Ruy Barbosa mais prazo para arrazoar, tendo em vista sua expressão jurídica grandiosa.

Eram três as correntes a respeito do tema: 1ª - o vendedor tem ampla liberdade quando não haja cláusula proibitiva; 2ª - princípio oposto: o transmitente perturbaria o gozo da coisa, sendo sua obrigação inata abster-se de desviar a clientela (Thaller, Vivante, Carvalho de Mendonça); 3ª - o transmitente poderá se estabelecer após certo tempo em zonas diferentes - impondo-se, pois, cláusula contratual negativa (obrigação de não-fazer) ao transmitente - mas nunca cessão de freguesia, que não pode ser objeto de contrato: abstenção limitada, no tempo e no espaço, do exercício do mesmo ramo de comércio objeto da transferência.

Episódio relativamente recente deu exemplo disso. No ano de 2000, por ocasião da venda do Banco Real ao holandês ABN-AMRO, o banqueiro Aloysio Faria, seu dono, obrigou-se a não voltar ao varejo com o Banco Alpha, resultado da reformulação de seu antigo Banco Real de Investimentos, para não competir com o comprador.

O Código Civil de 2002, neste feliz matrimônio, ligou-se à tese, estabelecendo no art. 1.147: "Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência".

CONCLUSÃO

Amável leitor: concluída a leitura destas mal traçadas linhas, não lhe resta outra coisa senão correr à locadora mais próxima e alugar o filme do Hugh Grant. É muito melhor. 